



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO-CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS-CRT
4ª CÂMARA DE JULGAMENTO

RESOLUÇÃO Nº: 216 /2018

48ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 18.10.2018 – 13h 30min

PROCESSO Nº: 1/1510/2014

AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/2014.02399-7

RECORRENTE: BRASINT IND. ELETRÔNICA COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO

CGF/CE: 06.193.728-2

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª. INSTÂNCIA

CONSELHEIRO RELATOR: DIOGO MORAIS ALMEIDA VILAR

EMENTA: ICMS – FALTA DE RECOLHIMENTO. Falta de recolhimento do ICMS em operação com redução de base de cálculo condicionada, quando esta não foi implementada. Teria o contribuinte deixado de atender, em operações com produtos classificados como de informática, a condição imposta pela legislação (Art. 641 do RICMS/CE) para ter direito a redução da base de cálculo, em especial quanto a sua obrigação de deduzir do preço da mercadoria o valor correspondente ao imposto dispensado, fazendo menção expressa na Nota Fiscal. Nulidades afastadas. Decadência parcial do crédito tributário, conforme regra prevista no Art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional, tendo em vista que o Recorrente teve ciência do Auto de Infração no dia 27.03.2014. Em se tratando de tributos referente ao período de 2009, transcorreu, assim, o prazo de 5 anos para a homologação dos créditos escriturados até Fevereiro de 2009, razão pela qual deve ser excluído tais valores da referida base de cálculo. Reenquadramento da penalidade aplicada para a prevista no Artigo 123, I, “D” da Lei nº 12.670/96. Não se conhece do Recurso na parte referente ao alegado caráter confiscatório da multa aplicada, em face do disposto no art. 48, §2º, da Lei nº 15.614/14. Recurso ordinário parcialmente conhecido e parcialmente provido, por unanimidade de votos, para julgar **PARCIALMENTE PROCEDENTE** a presente autuação, em desacordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado em parte pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

PALAVRAS CHAVE: Falta de recolhimento do ICMS. Redução de base de cálculo condicionada, quando esta não foi implementada. Produtos de Informática. Parcial Procedência.

I - RELATÓRIO:

O auto de infração em lide tem como acusação: *"falta de recolhimento do ICMS em operação com redução de base de cálculo condicionada, quando esta não for implementada"*.

Nos dizeres do agente autuante, fls. 04/05, o contribuinte deixou de atender, em operações com produtos classificados como de informática, a condição imposta pela legislação (Art. 641 do RICMS/CE) para ter direito a redução da base de cálculo ("FICA O ESTABELECIMENTO VENDEDOR OBRIGADO A DEDUZIR DO PREÇO DA MERCADORIA O VALOR CORRESPONDENTE AO IMPOSTO DISPENSADO, DEMONSTRANDO EXPRESSAMENTE NA NOTA FISCAL A RESPECTIVA DEDUÇÃO").

Sendo assim, a utilização da redução da base de cálculo fora tida como indevida, gerando falta de recolhimento do ICMS.

O auto de infração apresenta os dispositivos infringidos, a sugestão da penalidade aplicável ao caso, o período da infração – 01/2009 a 12/2009 e o valor do principal – R\$ 118.311,26 e da multa – R\$ 118.311,26.

Nas Informações Complementares (fls.03/06), o agente fiscal demonstra todo o procedimento adotado no decorrer da fiscalização, sugerindo a aplicação da penalidade embutida no art. 123, I, "C", da Lei nº 12.670/96.

A autuada apresentou defesa às fls. 58/70, onde aduziu basicamente o seguinte: nulidade do auto porque a acusação foi feita por presunção, não indicando o autuante a base de cálculo e a alíquota aplicável; considerando que o ICMS é um imposto por dentro, se a empresa recolheu o ICMS com redução ela claramente repassou para o cliente; houve apenas o descumprimento de obrigação acessória, razão pela qual deve ser alterada a multa indicada na inicial para a prevista no art. 123, VIII, "D" da Lei nº 12.670/96; caso o entendimento não seja a favor do contribuinte, que seja determinada uma perícia; mais a mais, requer o reenquadramento da penalidade para a prevista no artigo 123, I, "D" da Lei nº 12.670/96. Por tais fatos, requereu a **IMPROCEDÊNCIA** da ação fiscal.

Distribuído o processo no âmbito da Primeira Instância, a Julgadora singular decide (fls. 71 a 75) conforme ementa abaixo reproduzida:

"ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO SEM ATENDIMENTO DAS CONDIÇÕES IMPOSTAS PELA NORMA. Produtos de Informática. Operações realizadas no exercício de 2009. Auto de Infração julgado PROCEDENTE. Decisão amparada nos

artigos 73 e 74 e Artigo 641, §2º, todos do Decreto nº 24.569/97. Penalidade prevista no artigo 123, inciso I, alínea C da Lei nº 12.670/96. DEFESA.

Considerando ser a presente decisão contrária aos seus interesses, o contribuinte veio novamente aos autos, desta vez por intermédio de Recurso Ordinário (fls. 79/91), oportunidade na qual repisou basicamente os mesmos argumentos apresentados quando da peça impugnatória.

Por meio do Parecer nº 178/2018 (fls. 95/99), a Assessoria Processual Tributária manifestou entendimento contrário a pretensão recursal, opinando pelo improvimento do Recurso Ordinário a fim de manter a decisão de PROCEDÊNCIA exarada na primeira instância, no que teve o aval do representante da Procuradoria Geral do Estado, conforme despacho de fls. 100.

Este é o relatório.

II - VOTO DO RELATOR:

Trata-se de Recurso Ordinário apresentado contra decisão de procedência da acusação fiscal proferida em 1ª Instância. O recurso preenche as condições de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

Versa o auto de infração acerca da falta de recolhimento do ICMS em operação com redução de base de cálculo condicionada, quando esta não foi implementada. Teria o contribuinte deixado de atender, em operações com produtos classificados como de informática, a condição imposta pela legislação (Art. 641 do RICMS/CE) para ter direito a redução da base de cálculo, em especial quanto a sua obrigação de deduzir do preço da mercadoria o valor correspondente ao imposto dispensado, fazendo menção expressa na Nota Fiscal.

Em respeito a boa ritualística processual, impõe a esta Relatoria analisar primeiro as questões preliminares aduzidas pelo contribuinte em sua peça recursal, para empós, se for o caso, verificar o *meritum causae*.

Inicialmente, é impositivo que se diga que o trabalho fiscal foi desenvolvido a partir da circularização de informações, sobretudo se confrontando as Notas Fiscais pelo contribuinte emitidas com as informações prestadas por esse junto a sua Escrituração Fiscal Digital. A verdade é tanta que a autoridade fiscal juntou aos autos cópia das notas fiscais, planilha contendo a relação das notas fiscais que motivaram a autuação e CD. Logo, todas as informações acerca do trabalho fiscal que sustenta o lançamento em questão estão contidas no caderno processual, o qual foi entregue ao contribuinte.

Diante dessa circunstância, não pode ter guarida o pedido de nulidade levantado pela recorrente (autuação feita com base em presunção), haja vista que no caderno processual consta a relação das notas fiscais que motivaram a autuação, cada uma delas com número da nota fiscal, data da emissão e valor total da operação. Este fato demonstra que há provas nos autos acerca da infração denunciada, o que afasta a tese de cerceamento do direito de defesa do contribuinte.

Dizendo de outra forma, em referência à alegada nulidade do auto de infração, por supostamente ter-se baseado em mera presunção, afasto por entender, diversamente do que alega a autuada, que o lançamento se baseou em elementos objetivos, os quais se encontram demonstrados nos autos.

Ato contínuo, quanto a nulidade do auto de infração por omissão na indicação da base de cálculo e alíquota, resolvo de igual forma afastar, considerando que o caso dos autos é de falta de recolhimento de ICMS em razão de o contribuinte ter fruído o benefício da redução de base de cálculo sem efetuar o obrigatório demonstrativo no corpo da nota fiscal da diminuição do preço do produto em razão do referido benefício, situação em que o imposto não recolhido em face de tal redução irregular da base de cálculo do ICMS, já consta no próprio documento fiscal, dispensando demonstração de cálculo.

Por sua vez, ainda em sede de preliminar, suscitou o Recorrente que houve apenas o descumprimento de obrigação acessória, razão pela qual deveria ser alterada a multa indicada na inicial para a prevista no art. 123, VIII, "D" da Lei nº 12.670/96. Neste ponto, em relação a tal pedido, entendo pelo seu indeferimento, haja vista a existência de penalidade específica aplicável ao caso, qual seja, a contida no artigo 123, I, "C", da Lei nº 12.670/96.

Destarte, entende esta Relatoria que ao longo do procedimento fiscalizatório foram observados todos os princípios e garantias inerentes à Administração Pública e ao contribuinte, assim como houve a devida motivação do ato ensejador da autuação. Tem-se que o relato da infração em epígrafe delineou satisfatoriamente as características da infração cometida pelo contribuinte, não deixando margem para obscuridades ou mesmo imprecisões. Ademais, insta salientar que os autos do processo se encontram devidamente instruídos pelo agente fazendário, revelando-se suficientes para a formação de um convencimento seguro acerca da matéria, razão pela qual se passa ao exame meritório da *quaestio juris*.

Quanto ao mérito, esta Relatoria trás a principio e de oficio matéria de ordem pública cognoscível a qualquer instante processual, qual seja, a decadência do direito do Fisco em constituir o crédito tributário através do lançamento. Neste ponto, destaca e entende esta Relatoria que se operou sim a decadência parcial do crédito tributário aqui exigido.

O Código Tributário Nacional, Lei n.º 5.172/66, em seu artigo 150, §4º, afirma que será de 5 anos, a contar da ocorrência do fato gerador, quando o tributo é sujeito a homologação, o direito da Fazenda Pública lançar o crédito tributário.

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Tendo em vista que o Recorrente teve ciência do Auto de Infração no dia 27/03/2014 (AR fls. 51), e por se tratar de tributos referentes ao período de 2009, transcorreu o prazo de 5 anos para a homologação do crédito escriturado até o mês de fevereiro de 2009, razão pela qual devem ser excluídos tais valores da referida base de cálculo.

Dizendo de outra forma, o motivo desta autuação versa sobre a utilização indevida de uma redução de base de cálculo, pelo que não houve uma falta de recolhimento integral no período autuado, apurando, informando e pagando o contribuinte o imposto que entendia como devido/correto, conforme se pode depreender do caderno processual. Desta maneira, ocorrida a homologação tácita, pois decorridos os cinco anos do fato gerador, logo sujeito a decadência prevista no artigo 150, §4º do CTN.

A autuação versa sobre o descumprimento da obrigação principal, e tendo sido constatado que nos períodos de janeiro e fevereiro de 2009 o contribuinte recolheu imposto da mesma espécie, ainda que pago a menor do que o devido, se aplica ao caso a regra de contagem do prazo decadencial estabelecida no art. 150, § 4º do CTN, ou seja, cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador.

Portanto, constatado que o citado prazo foi excedido no presente caso, porquanto a lavratura do auto de infração, com a devida notificação ao contribuinte, se deu em março de 2014 relativamente a fatos geradores ocorridos no ano de 2009. Consequentemente, entendo que os créditos referentes aos meses de janeiro e fevereiro de 2009 foram atingidos pela decadência.

Por sua vez, em relação a acusação fiscal em si, perfilho meu entendimento ao que esposado pela Célula de Assessoria Processual Tributária em seu Parecer, fls. 97/98, quando diz:

“Observa-se que a legislação traz expressamente que para fruição do benefício o contribuinte deverá demonstrar expressamente na nota fiscal a redução no preço das mercadorias do valor correspondente ao imposto dispensado.

Da leitura dos preceitos normativos que regem a matéria em conjunto com as notas fiscais acostadas aos autos observa-se o uso indevido do benefício fiscal da redução da base de cálculo do ICMS nas operações com informática, pois apesar das notas fiscais conterem a informação de concessão do benefício verifica-se que foi aplicado somente na apuração do valor do ICMS destacado, ou seja, recolhimento a menor ficando o valor do produto em sua integralidade.

Cumprе ressaltar que o benefício concedido existe como forma de incentivar a aquisição de produtos de informática por parte do consumidor e não do contribuinte recolher a menor o ICMS nesse tipo de operação.

Vê-se que, não se está negando o benefício previsto na norma citada. Contudo, há certas condições a serem cumpridas para o benefício da redução da base de cálculo e estas condições não foram preenchidas pelo contribuinte autuado.”

É certo que esta Relatoria, por vezes, privilegia o princípio da informalidade no âmbito do processo administrativo tributário. No entanto, *in casu*, está-se diante de uma formalidade exigida por lei para a fruição do aludido benefício fiscal, pelo que o seu não atendimento, como acima demonstrado, implica invariavelmente na sua glosa.

Como tal, ante a inobservância dos requisitos legais previstos no artigo 641 do RICMS/CE para fruição do benefício, restou patente a falta de recolhimento do ICMS, fato que configura inequívoca infração ao artigo 641 do Decreto nº 24.569/97, com penalidade prevista no Artigo 123, I, “C” da Lei nº 12.670/96.

Neste ponto da aplicação da penalidade, o contribuinte veio aos autos e requereu o seu reenquadramento, em especial para a prevista no Artigo 123, I, “D” da Lei nº 12.670/96 (Atraso de Recolhimento), pedido esse que de pronto esta Relatoria acolhe, sobretudo por lhe ser mais benéfica.

A divergência apresentada, em verdade, reside na interpretação da aplicação da penalidade, mais benéfica, prevista no artigo 123, I, "D" da Lei nº 12.670/96, que estabelece para a falta de recolhimento a multa de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto quando as operações e o imposto estiverem devidamente escriturados.

Inicialmente, essa penalidade era somente aplicada nos casos em que o contribuinte fazia a escrituração e apuração do imposto, informava ao FISCO e, por algum motivo, não recolhia o imposto apurado e declarado. Em 29/07/2014, na 5ª Sessão Plenária, o CONAT edita a Súmula nº 06 que consolida o entendimento de aplicação do mencionado artigo as operações de Substituição Tributária e Antecipado quando as operações encontram-se informadas nos Sistemas Corporativos da SEFAZ/CE, vejamos:

"Caracteriza, também, atraso de recolhimento, o não pagamento do ICMS apurado na sistemática de antecipação e substituição tributária pelas entradas, quando as informações constarem nos sistemas corporativos de dados da Secretaria da Fazenda, aplicando-se o artigo 123, I, "D" da Lei nº 12.670/96."

Ao editar esta Súmula, o CONAT manifesta o entendimento de que o conhecimento pela SEFAZ, por meio dos sistemas corporativos, das operações e do valor do imposto devido são equivalentes ao registro, apuração do imposto e o envio das informações realizadas pelo contribuinte.

Como tal, analisando o caso concreto (falta de recolhimento do ICMS em operação com redução de base de cálculo condicionada, quando esta não foi implementada), percebe-se o preenchimento dos requisitos para o pleiteado reenquadramento, pelo que a acolho.

Quanto ao argumento relativo ao caráter confiscatório da multa, importa destacar que a este Órgão Julgador não compete a apreciação de inconstitucionalidade de normas que não tenham sido assim declaradas pelo STF em Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Direta de Constitucionalidade e Súmula Vinculante, na forma do art. 48, §2º da Lei nº. 15.614/2014, que rege o processo administrativo tributário, *in verbis*:

Art. 48. Omissis.

[...]

§ 2º Não se inclui na competência da autoridade julgadora afastar a aplicação de norma sob o fundamento de inconstitucionalidade, ressalvada a hipótese em que tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal – STF, observado:

I – em Ação Direta de Inconstitucionalidade ou Declaratória de Constitucionalidade, após a publicação da decisão;

II – em Ação Direta de Inconstitucionalidade, por via incidental, após a publicação da resolução que suspender a execução do ato, pelo Senado Federal;

III – em Súmula Vinculante aprovada pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art.103-A da Constituição Federal.

Desta maneira, VOTO no sentido de conhecer do Recurso Ordinário e tomar as seguintes deliberações: **1.** Em referência à alegada nulidade do auto de infração, por supostamente ter-se baseado em mera presunção, afastado sob o entendimento de que, diversamente do que alega a autuada, o lançamento se baseou em elementos objetivos, os quais se encontram demonstrados nos autos. **2.** Quanto à nulidade do auto de infração por omissão na indicação da base de cálculo e alíquota, afastado considerando que o caso dos autos é de falta de recolhimento de ICMS em razão de o contribuinte ter fruído o benefício da redução de base de cálculo sem efetuar o obrigatório demonstrativo no corpo da nota fiscal da diminuição do preço do produto em razão do referido benefício, situação em que o imposto não recolhido em face de tal redução irregular da base de cálculo do ICMS, já consta no próprio documento fiscal, dispensando demonstração de cálculo; **3.** Quanto ao pedido de reenquadramento da penalidade para a prevista no art. 123, VIII, “d” da Lei 12.670/96, rejeito ante a existência de penalidade específica aplicável ao caso. **No mérito**, conheço em parte do Recurso Ordinário, dando-lhe parcial provimento, para modificar a decisão condenatória proferida em 1ª Instância e julgar **PARCIALMENTE PROCEDENTE a acusação fiscal**, em face da redução do montante originalmente lançado, pela exclusão dos créditos referentes aos meses de janeiro e fevereiro de 2009 os quais foram atingidos pela decadência, consoante a regra contida no art. 150, § 4º do CTN, bem como pelo reenquadramento da penalidade aplicada, da prevista no art. 123, I, “c” da Lei nº 12.670/96, para a prevista no art. 123, I, “d” da mesma lei, não conhecendo do Recurso na parte referente ao alegado caráter confiscatório da multa aplicada, em face do disposto no art. 48, §2º, da Lei nº 15.614/14.

É como VOTO.

III – DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO:

	ICMS	MULTA
mar/09	12.979,36	6.489,68
abr/09	1.026,09	513,05
mai/09	9.881,92	4.940,96
jun/09	11.972,58	5.986,29
jul/09	-	
ago/09	11.430,78	5.715,39
set/09	-	
out/09	1.799,71	899,86
nov/09	4.415,31	2.207,66
dez/09	33.789,46	16.894,73
SUB TOTAL	87.295,21	43.647,61
TOTAL	130.942,82	

*Excluídos do Levantamento os meses de Janeiro e Fevereiro de 2009. Reconhecimento Decadência Parcial.

* Aplicação Penalidade prevista no Artigo 123, I, "D" da Lei nº 12.670/96 - Multa de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto.

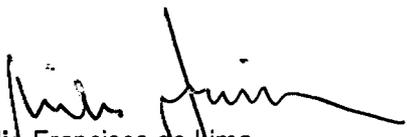
IV - DECISÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que é **RECORRENTE** BRASINT IND. ELETRÔNICA COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO e **RECORRIDA** CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª. INSTÂNCIA.

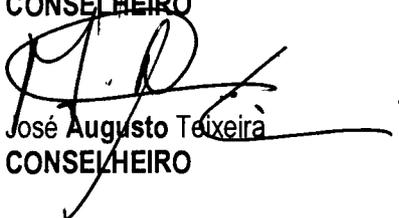
Os membros da 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolvem por unanimidade de votos conhecer do Recurso Ordinário e tomar as seguintes deliberações: **1.** Em referência à alegada nulidade do auto de infração, por supostamente ter-se baseado em mera presunção, foi afastada sob o entendimento de que, diversamente do que alega a autuada, o lançamento se baseou em elementos objetivos, os quais se encontram demonstrados nos autos. **2.** Quanto à nulidade do auto de infração por omissão na indicação da base de cálculo e alíquota, resolvem afastá-las, considerando que o caso dos autos é de falta de recolhimento de ICMS em razão de o contribuinte ter fruído o benefício da redução de base de cálculo sem efetuar o obrigatório demonstrativo no corpo da nota fiscal da diminuição do preço do produto em razão do referido benefício, situação em que o imposto não recolhido em face de tal redução irregular da base de cálculo do ICMS, já consta no próprio documento fiscal, dispensando demonstração de cálculo; **3.** Quanto ao pedido de reenquadramento da penalidade para a prevista no art. 123, VIII, "d" da Lei 12.670/96, resolvem rejeitá-lo haja vista a existência de penalidade específica aplicável ao caso. **No mérito, resolvem** conhecer em parte do Recurso Ordinário, dar-lhe parcial provimento, para modificar a

decisão condenatória proferida em 1ª Instância e julgar **PARCIALMENTE PROCEDENTE a acusação fiscal**, em face da redução do montante originalmente lançado, pela exclusão dos créditos referentes aos meses de janeiro e fevereiro de 2009 os quais foram atingidos pela decadência, consoante a regra contida no art. 150, § 4º do CTN, bem como pelo reenquadramento da penalidade aplicada, da prevista no art. 123, I, "c" da Lei nº 12.670/96, para a prevista no art. 123, I, "d" da mesma lei. Não se conhece do Recurso na parte referente ao alegado caráter confiscatório da multa aplicada, em face do disposto no art. 48, §2º, da Lei nº 15.614/14. Decisão nos termos do voto do Conselheiro Relator, em desacordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado em parte pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

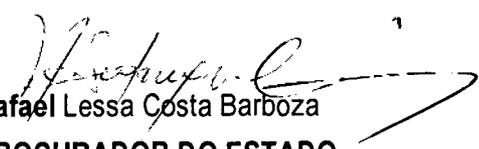
SALA DAS SESSÕES DA 4ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTARIOS,
em Fortaleza, aos 26 de dezembro de 2018.


Abílio Francisco de Lima
PRESIDENTE DA 4ª CÂMARA

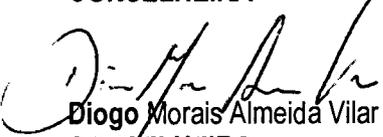

José Wilame Falcão de Souza
CONSELHEIRO


José Augusto Teixeira
CONSELHEIRO


Lúcio Flávio Alves
CONSELHEIRO


Rafael Lessa Costa Barboza
PROCURADOR DO ESTADO


Camila Borges Duarte
CONSELHEIRA


Diogo Morais Almeida Vilar
CONSELHEIRO


Rodrigo Portela Oliveira
CONSELHEIRO